

POR EL L. DON IVAN REMIREZ de Puebla, Clerigo de menores Ordenes, vezino de esta Ciudad.

EN EL PLEYTO

CON EL LICENCIADO CHRISTOVAL Gerrero, Sectetario del Santo Oficio de la Inquisicion desta ciudad, y don Melchor Sebastian, Cura de la Parroquia de San Iuste y Pastor, y el Licenciado Alonso de Guzman, Sacristan de la dicha Parroquia.

SOBRE LAS CAPELLANIAS QVE FVNDARON Iuan de la Torre, y Teresa de la Fuente su muger, vezinos que fueron de esta Ciudad.

Impresso en Granada, en casa de Blas Marti- nez mercader de libros. Año de 1635.



A PRETENSION de Don Iuan es, que se le deue hazer colacion, y Canonica institucion de todas las Capellanias, y en qualquier acontecimiẽto de las dos, sin embargo del nombramiento del Patrono hecho en fauor de las partes contrarias, y para que assi se prouea, se suplica a v. M. passe los ojos por estos breues apuntamientos.

2 ¶ El primero es, que en las Capellanias, quæ secundum fundationem iuris patronatus fuerint, los Patronos no tienen libre, ni absoluta potestad para poder nombrar Capellanes ad libitum, antes tienen obligacion de ajustarse con la disposicion y fundacion, no solo en lo expresso, sino en lo tacito, y si de otra suerte hiziere las nominaciones, es lo mismo que si no las hiziesse: idem enim est non eligere, nec nominare, quod nulliter eligere, seu nominare, Angelus, in l. nihil, §. si cum fundus, ff de inofficioso testam. & cum Ancharr. Bald. Bart. Felin. Ripa, & alijs, tradit eleganter Caldas Pereyr. de potest. eligen. lib. 3. cap. 5. numer. 8. 9. 10. & 11. ad hoc videndus.

3 ¶ Y queda el derecho a las dichas Capellanias, puro y debuelto en aquellos, o aquel que conforme a la fundacion tuuieren derecho de suceder, l. vnum ex familia, §. rogo, ff. de legat. 2. l. cum quidam, eodem titul. l. labeo 21. ff. de statu liber. Peralta, in dict. l. vnum ex familia, §. sed si fundum, num. 19. Gregor. Lop. in l. 2. titul. 15. part. 2. glos. verbo, *esto vsaron*, Domin. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 4. num. 41. alter Molin. de iustit. & iur. disp. 593. num. 6. Mieres, de maioratibus, 1. part. quæst. 48. num. 41. Raudens. de anna-

annalog.in appendice, 1. part. num. 137. Domin. Castill. lib. 4. cap. 36 num. 25. Mier. de maioratibus, 1. part. quæst. 48 num. 41. Morphesius, in comentarijs ad consuetudinem Neapol. 3. p. q. 11. n. 6. & seqq.

4 ¶ Y la razon es, porque como la nominacion hecha contra derecho y voluntad del fundador en personas estraños sea nula, no causa impedimento a las personas, quæ aliàs tienen derecho de suceder, y que conforme a el, y a la voluntad del fundador deuieron ser nombrados: quia nullum præstat impedimentum, quod de iure non sortitur effectum, l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudic. l. cum pater, §. à filia, ff. delegat. 2. Surd. consil. 164. num. 3. versic. Quarto respondet, Farinac. decis. 263. num. 6. 1. tom. nouissima. Cald. Pereyr. d. lib. 3. de potest. eligendi, cap. 5. num. 8. & sequentib. & cap. 9. num. 15. & magis in terminis Ioan. Gutierr. consil. 2. num. 4. Nicol. Garcia, de benefitijs, part. 7. c. 115. n. 6.

5 ¶ El segundo es, que las personas para quien se fundaron las dichas Capellanias, y quien en primero lugar deuen ser nombradas por los patronos, son los descendientes de los fundadores, y los de su familia. Tùm, por lo tacito y conjecturado, ex ratione text. in l. cum auus, ff. de conditio, & demonstr. l. cum accutissimi, C. de fideicommiss. vt cum Domino Molina, & alijs, tradit in propria specie Ceuall. in cõmunibus, 1. tom. quęst. 265. num. 4. & seqq. Domin. Castill. contr. lib. 5. c. 67. nu. 2. & 3. & non nullis seqq.

6 ¶ Tùm etiam, porque expressamente los fundadores dizen, que fundan las dichas Capellanias para sus descendientes, y los de su familia, prefiriendolos a los estraños, como parece de la primera fundacion, ibi: *Que en la presentacion de las dichas Capellanias se prefiera qualquiera de vuestro linage, y el docto al indocto.* Y en la segunda de la dicha Teresa de la Fuente, ibi: *Y porque*

al

al tiempo de la dicha diuision, ella y el dicho su marido tenian mas cantidad de cincuenta cuentos de hazienda con que poder socorrer las necessidades de sus hijos, nietos y decendientes, y acudir a sus estudios y justos propositos, y despues acá han venido en mucha necessidad. Et ibi: *E porque su voluntad e intento ha sido, y es por las dichas causas que la dicha vnion de las dichas cinco Capellanias sea hecha, y dure entre tanto que viuieren los dichos Onofre Hurtado, y Iuan Hurtado sus nietos: y assimismo goze de toda la dicha Capellania, e renta della, assi vnidas sus visnietos, hijos del nieto de la dicha Teresa de la Fuente, que despues sucediere en el dicho Patronazgo, e fuere Patron de la dicha Capellania, conforme a la institucion della, e que el tal visnieto lo nombre el dicho Patron.*

7 ¶ Que es el caso en que los Patronos no pueden escusar el nombramiento de los parientes y deudos: quia Patroni, & qui ex fundatione possunt ad Beneficia, seu Capellaniam nominare, aut præsentare Capellanos, omnia pacta, & conditiones in fundatione positas, maximè vt personæ de parentella eligantur ad vnguem obseruare tenentur, Ioann. Gutierr. consi. 1. nu. 1 & consi. 2. num. 3. & libr. 2. Canonicar. cap. 11. n. 37. Domin. Perez de Lara, de Capellanijs, libr. 2. cap. 2. per tot. Garcia, de benefic. part. 7. c. 15. à princip. D. Castill. lib. 5. controu. cap. 67. maximè à n. 21.

8 ¶ El tercero, porque a esto no puede ser de impedimento, que las Capellanias (sobre que se litiga) sean cinco, y solo aya, y conste auer vn descendiente, y consanguineo solo, que es el dicho don Iuan, porque en todas estan preferidos los deudos, y descendientes de los fundadores: y assi a todas tienen llamamiento, y conocida prelacion a los estraños: y si vuiera otros deudos, aunque de mas remoto grado, pudieran alegar la dicha razon: pero no auiendolos, ni auiendose mostrado ninguno par-

 te,

te, viene a residir en don Iuan el derecho a todas las dichas Capellanias, como deudo, y llamado a ellas en primero lugar, nàm quoties pluribus de familia aliquod fideicommissum, seu legatum relictum est, si tantum vnus de familia inueniatur, is solidum fideicommissum, seu legatum capiet, veluti per ius acrescendi, l. vtrum, la 1. ff. de asignand. libertis, l. 1. C. de conditio. insertis, l. pater seuerinam, §. ita fideicommisso, & valet consequentia, testator voluit plures Capellanos consanguineos habere: ergò vnum ex pluribus si plures consanguinei non inueniantur, ita per tex. in l. hæredes mei, §. cum ita ad Trebel. & cũ infinitis Doctoribus tradit in terminis Domin. Perez de Lara, de Anniuersarijs, libr. 1. cap. 5. num. 63. cum pluribus seqq. quem sequitur D. Castill. lib. 5. controuers. part. 2. cap. 121. nu. 58. Ojeda, de incompatibilitate, 2. part. cap. 9. per tot. ad hoc videndus Azeued. cons. 24. n. 53.

9 ¶ El quarto, que aunque si la voluntad de los fundadores estuuiera en contrario, era forçoso obseruarla, l. cum ita, §. in fideicommisso, ff. de leg. 1. C. de Sacrosantis Ecclesijs, Authent. de nuptijs, §. disponat, collat. 4. nullatenus intentio, nec verba nostræ fundationis repugnant a la pretension de don Iuan Remirez, potius vienen a ser expressas en su fauor, por que la primera fundacion de marido y muger, es dotar vna Capellania de 40U83. marauedis de renta en cada vn año, vt constat ibi: *Primeramente, ordenamos vna Capellania de 40U83. marauedis de renta.* Y aunque despues se dize: *Que de la dicha Capellania primeramente instituyda, y de la dotacion della sean tres Capellanias.* No se dispone que aya precisamente tres Capellanes, potius parece, que conformandose los fundadores con la piedad y afeccion natural, y lo regular del derecho, que es lo que dexamos resuelto en el segundo fundamento, videlicet, que no auiendo mas que vn deudo, este se prefiera a los estraños, y auiendo muchos, se repartan

partan las Capellanias entre ellos, como tambien parece por la misma fundacion, ibi: *Y que el Capellan, o Capellanes que en ella fueren instituidos, sean obligados a hazer y guardar lo siguiente.* Ecce, como en la palabra, *Capellan*, presupusieron que podia ser vno solo en todas las dichas Capellanias, y en la palabra, *O Capellanes*, podian ser muchos, y esto auia de suceder segun las personas habiles que se pudiessen hallar, segun el accidente de los tiempos, aliàs aquella palabra, *Capellan*, puesta con la disyuntiua, *O*, y con la palabra, *Capellanes*, estaria superfluo, y no podria verificarse si en la ocasion presente no se verificara.

10 ¶ Y en la segunda fundacion, donde se añaden dos Capellanias a las dichas tres Capellanias de la primera fundacion, se hallan las palabras que dexamos referidas supr. num. 6. en q̃ expressamente Teresa de la Fuente dispone, que todas las dichas cinco Capellanias esten vnidas, no solo en Iuan Hurtado, y Onofre Hurtado sus nietos, y en cada vno dellos en su tiempo, sino en sus visnietos, decendientes del sucessor de su mayorazgo, en que precisamente està comprehendido don Iuan Remirez de Puebla, como decendiente de los dichos fundadores, y posseedor de su mayorazgo, aunque sea reuisnieto, ex doctrina Bartoli, in l. Gallus, §. instituens, num. 2 & 3. ff. de liberis & postumis, vbi ait, & pluribus iuribus comprobat nepotis appellatione comprehendi pro nepotem, & ab nepotem, & in l. liberorum, num. 17. ff. de verbor. significat. dum dicit: Quod in omnibus casibus in quibus appellatione filiorum comprehenduntur nepotes, en estos mismos, nepotis appellatione comprehenduntur pro nepos, & ab nepos, & cæteri decendentes, quem sequuntur plures, quos refert, & sequitur Fusar. in tract. de fideiussor. q. 320. n. 2. & q. 323. n. 12.

11 ¶ De cuya resolucion no se puede dudar en los terminos de la dicha segunda funda-

cion,

cion, por dos razones. La vna, porque en ella la fundadora dispuso, no solo en fauor de sus dos nietos Iuan y Onofre, a quien conocia, sino tambien en fauor de los descendientes no nacidos, vt constat ibi: *Y lo mismo se entienda en fauor de sus visnietos que por tiempo fueren.* Quæ verba tractum successiuum, & infinitum, & in fauorem omnium descendentium denotant, vt resoluit Ioann. Immol. in l. Gallus, §. instituens, ff. de liber. & posthum. Menoch. de præsumptio. libr. 4. præsumpt. 94. num. 28. Mantica, de coniectur. vltimar. volunt. lib. 8. tit. 8. num. 22. Rusticis, in l. cum auus, lib. 6 cap. 11. num. 18. ff. de conditio. & demonstratio. Fusario, in tract. de fideicom. q. 320. num. 23. 24. & 36.

12 ¶ La segunda, porque en el prohemio de la dicha fundacion dize la dicha fundadora, que el fin que tuuo para hazer la dicha vnion, fue el querer socorrer a sus hijos, nietos, y descendiētes, ibi; *Con que poder socorrer las necessidades de sus hijos, nietos, y decendientes.* Donde se han de notar dos cosas. La vna, aquella palabra, *decendientes,* en que estan comprehendidos omnes in infinitū, vt probatur in l. liberorum, ff. de verbor. signifi. l. vltim. C. de legitim. hæredib. Auth. de hæredibus abintestato venientibus, §. 1. & cum plurib. Fusar. dict. tract. de fideicommissaria substitut. quæst. 327. num. 1. cum sequentib. La otra, que siendo (como son) prohemiales, vienen a ser de mayor, y mas eficaz, y extensiua comprehensiō, ad text. in l. fin. ff de hæredib. instituendis, Dom. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 5. à num. 1. Ioan. Garcia, de nobilit. in diu. operis, à num. 13. latè Domin. Castill. lib. 5 cap. 93. §. 6. à num. 2. qui omnes concludunt dispositionem, quæ aliàs videtur temporalis, & restricta ad certum genus personarum extendi, & ampliari per rationem procemialem.

13 ¶ Lo qual supuesto, solo resta satisfazer a vnas palabras de la dicha segunda fundacion,

cion, en que consiste la dificultad deste pleyto, y todo el fundamento y apoyo de la pretension cõtraria, quæ sic se habent: *Y acabada la dicha decendencia hasta los dichos sus visnietos, hijos del dicho Patrono, y no otros, la dicha Capellania buelua a diuidirse, y partirse en las dichas cinco Capellanias.* De donde se quiere inferir, que la vnion solo pudo extẽderse a los visnietos de la dicha fundadora, y no a otra persona, aunque fuesse su reuisnieto, como lo es el dicho don Iuan, que litiga, quod fundamẽtum facilimo negotio diluitur ex seqq.

14 ¶ Lo primero, porque por la primera fundacion está llamados, y preferidos todos los deudos de el fundador, vsque in infinitum, y por la segunda en las palabras que quedan ponderadas supr. num. 6. vnidas las dichas Capellanias en todos los decendientes, segun la inteligencia verdadera de las dichas palabras, ex dictis supr. num. 8 & 9. 10. & 11. Y auiendo comprehendido en la diha fundacion primera, y en las palobras precedentes de la segunda, tocantes a la vnion a todos los decendientes cuiuscumque gradus las palabras que se ponderan de contrario ibi: *Y acabada la dicha decendencia hasta los dichos sus visnietos,* son de la misma inteligencia y comprehension. Tum, porque aquella palabra, *dicha decendencia,* es repetitiua de las mismas personas que en lo precediente, a que se refieren quedauan comprehendidas, ita Decius, cons. 118. num. 9 Craueta, cons. 89. num. 8 eleganter Menoch. cons. 556. num 2. Domin. Molin. de primogen. libr. 3. c. 5. num 64. Tum, porque quedando llamados todos los descendientes para las dichas Capellanias, y vnion dellas en lo dispositiuo, no se ha de entender restringida la dicha disposicion por lo condicional, por lo condicional siempre se entiende, e interpreta por lo dispositiuo, vt resoluit Bartol in l. Centurio, ff. de vulgari, & in l. sed etsi sic, § 1. ff. de legat. 3 Zanchus, in l. hæredes mei, § cum ita, num. 736 ff. ad Trebell. Peregri.

de fideicommissis, artic. 12. à num. 14. Tùm denique, porque esto corre con mayor fuerça en los terminos de nuestra fundacion, en cuyo prohemio dize la fundadora, que haze la dicha vniō por no tener bienes y hazienda para socarrer a sus decendientes, como la tenia al tiempo de la primera fundacion, en cuyos terminos quando por las palabras successiuas de la dicha fundacion, la disposicion pareciera limitada a ciertas personas, se auia de extender su inteligencia a todas aquellas, quarum contemplatione dispositio facta fuit, que se colige de las palabras prohemiales, ex iuribus & Doctoribus relatis sup. numer. 12. ad hoc videndis.

15 ¶ Lo segundo, porque aquella palabra, *y no otros*, que es lo que mas dificulta esta inteligencia, segun la pretension contraria, la declara y facilita mas, porque por ella no quiso dar a entender la fundadora, que la vnion no se continuasse en otros decendientes suyos mas que en sus visnietos, sino que no se continuasse la dicha vnion en los estraños, y esto es lo que significa la palabra, *y no en otros*, y lo que quiso significar por ella la fundadora. Tùm, porque en qualesquiera decendientes pobres milita la misma razon. Tùm, porque en los estraños en quien no cō curre la calidad de sangre, milita razon muy diferente, y si no se huuiesse de entender assi, vendria a implicarse, y contradezirse el intento y fin de la fundadora, vt per text. in l. non ad ea. & ex alijs tradit eleganter in simili Menoch. consilio 485. per tot.

16 ¶ Lo tercero, & quod ponit securim ad radicem, porque si oy concurrieran muchos reuisnietos de los fundadores, o otros decendiē tes suyos, etiam vlterioris gradus, y el Patron quiera nombrar a vno solo para todas las dichas Capellanias, o no nombrara, y por el derecho de la fundacion pidieran todos, y el mas proximo quisiera preferirse en todas las dichas Capellanias,

nias,se pudiera dudar si auia cessado la dicha vnion, y si se auia de hazer, o no, por parecer que en todos los dichos descendientes militaua la misma razon de afeccion, respecto de los funda dores, y aun en este caso fuera pretension muy dificultosa el querer que se diuidiessen las dichas Capellanias, por lo que queda fundado: pero no auiendo oy ningun otro decendiente, ni de la familia de los fundadores, sino es el dicho do Juan que oy litiga, en quien poder hazer el nombramiento, sino totalmẽte estraños, en quiẽ lo ha hecho el Patrono, no se puede presumir ser coforme a la voluntad del fundador, porque seria faltar a la piedad natural, y querer hazer la dicha disposicion irracionable, contra iura expressa, in l. scripto, ff. vnde liberi, l. cum auus, de conditio & demonstratio. l. cum acutissimi, C. de fideicomm quibus docemur, neminem præsumi alienas soboles proprijs anteponere.

17 ¶ Y contra la verosimilmente de los fundadores, y a lo que respondieran, si se les preguntara el caso que oy ha sucedido, ex celebri glos. in l. tale pactum, §. fin. ff. de pactis; quam ex multis exornat Tiraquel. in l. si vnquam, C. de re uocandis donation. in præfactione, nu. 55. & 56. & cum Domin. Molin Burg. de Paz, Mieres, Simon de Prætis, & alijs, lib. 2. c. 22. à n. 66.

18 ¶ Y asi quando la fundadora en aquellas palabras, *y acabada la descendencia*, hasta los dichos visnietos, huuiera tenido intento de auer restringido la vnion a los visnietos, y que no passasse a otros, se ha de entender respeto de los mismos, y entre las personas de la misma calidad y decendencia: pero no respeto de los estraños en concurso de los decendientes; y esta es prudente interpretacion de la voluntad de la fundadora, muy adequada a toda razon, ad tex. in l. Lutius, la 2. ff. de hæredibus instituend. ibi: *Nam prudens consilium testantis animaduertitur; non enim patrem solum hæredem prætulit substitutis, sed eius liberos,*

res, l. generaliter, §. cum autem, C. de institutio. & substitutio art. 28. n. 13. Mantica, de coniect. lib. 11. tit. 2. n. 13.

19 ¶ El quinto fundamento es, que aunque la voluntad de los fundadores huuiera sido expressa, de que las dichas Capellanias fueran en si incompatibles, y no pudieran concurrir en vna persona, ni con otro beneficio, aunque esta condicion esset iuri communi conformis, cap. conquerente, de Clericis non residentibus, cap. de multa, de Præbend. & Dignitatibus, cum similibus, Consil. Trident. Sess. 7. cap. 4. de reformation. & Sess. 24. cap. 17. Nauarr. cons. 10. aliàs 12. incipienti quæsitum fuit, de Præbendis, num. 1. & passim omnes substineretur, & præcisè debere obseruari iuxta prædicta iura, & quæ relata sunt suprà, num. 9. Dummodo la dotacion de cada vna de las dichas Capellanias, fuera cõpetente para la sustentacion del Capellan, pero no siendolo, como no lo son, ni aun todas juntas, atento el primero estado, proinde habẽdum esset, ac si non fuisset apposita, vt cum Gutierr. Petro Gregorio, Nauarro, Bernard. Diaz, resoluit in terminis D. Per. de Lar. de Capel. lib. 2. c. 7. n. 1. 2. & plurib. seqq.

20 ¶ Pero no auiendo querido los fundadores hazer incompatibles las dichas Capellanias, ellas de su naturaleza no lo son, y puedẽ concurrir muchas en vna persona, maximè siendo tan tenues como lo son las sobre quese litiga, que esta tenuidad obra, vt etiam si essent incompatibilia; possint plura Benefitia simplicia, & plures Capellaniæ in vna persona concurrere, ita per iura relata supr. num. 19. resoluunt Nauarro, cons. 1. incipit. *Quia*, num. 39. de constitutio. & cons. 14. incipienti: *Quidam habent*, de Præbendis, eleganter Serola, in praxi, 1. part. verbo, Beneficia, ad septimum, vers. Secunda conclusio, & 2. part. verbo, conformitas, Ojeda, de incompatibilit. Beneficiorum, 1. part. cap. 21. n. 13. & plu-

& plures referens Domin. Perez de Lara, dict. lib. 2. cap. 7 per tot. maximè num. 12. ibi: *Si tamen altera non sufficiat ad substentationem*, vt inquit Nauarr. conf. 1. incipit: Quia, num. 39. de constitutionib. vbi dicit communem opinionem: nã potest quis habere tot Benefitia, dummodo personalem residentiam non requirant, quod sufficiant vsque ad congruentem substentationem.

Lo qual en nuestro caso viene a ser mas seguro, e indubitable, por algunas razones. La primera, porque las dichas Capellanias son de tal naturaleza, que no requieren residencia personal, sino solo que se digan cantidad de Missas, las de las tres en la Capilla de señora Santa Ana en San Onofre, y Hospital de la Caridad, que se pueden dezir por tercera persona, vt tradit Innocent. in cap. ex tunc, vers. Item opportet, de Clericis non residentibus, Selua, de Beneficijs, 4. p. quæst. 2. num. 3 Lapus, allegat. 39. quem sequitur Domin. Lara, dict. lib. 2 cap. 7. num. 7: & est videndus Ojeda, de incompatibil. Beneficio. 2. p. c. 9. per tot.

La segunda, porque estando oy, como estan, las Missas de todas las dichas Capellanias reduzidas a numero de siete cada semana por los señores Ordinorios, atenta la cantidad de la renta, puede vn solo Capellan cumplir por su persona con la obligacion de todas ellas, y dezirlas en San Onofre, Hospital de la Caridad, y señora Santa Ana, repartiendolas en los siete dias de la semana, y assistir los dias de fiesta al Coro cõ los Beneficiados, en el caso que los Capellanes no sean parientes, porque siendolo, no les obliga a esto la fundacion, con que no tiene ningun incõueniente el que se continue la vniõ de las dichas Capellanias en el dicho don Iuan, y se sigue el vtil de que vn Capellan siendo solo pueda passar medianamente con la renta de todas las dichas Capellanias, que es a lo que siempre miraro los fundadores, ne sui Capellani compellerentur mé

dicare in opprobium totius Cleri ,vt cũ Gutier. Petro Gregor.& alijs confiderauit D. Lar. dict. lib.2.c.7.n.3.

La tercera,porque por las mismas razones,y ser esta pretension tan justa, los señores Ordinarios,aunque no auia necessidad de dispensacion, dispensaron la dicha pluralidad, y con la vnion de las dichas Capellanias en las personas de Iuã Hurtado,y Onofre Hurtado,nietos de los fundadores,auiendo precedido parecer de Abogados doctos,con cuyo consejo se hizo la dicha dispensacion,como consta de el pleyto: y assi pues oy estamos en caso donde milita la misma razon, y aun mayor,viene a ser,no solo justo y piadoso, sino precisamente necessario el hazer la misma dispensacion con el dicho don Iuan, que litiga, en caso que huuiera alguna necessidad de dispẽsar, & de stricto iuris rigore no tuuiera derecho a todas las dichas Capellanias,como queda fundado: plurimum enim interst sic Senatum censuisse,l.filius familias,ff ad l.Rodiam de iactu, l. 1.ff de offic. Prefecti Prætorio. Et ita pronuntiãdum speramus. Salva,&c.

El L. Pedro Muriel de Berrocal.

El L. Alonso de Morales Ballesteros.